



AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Köln • Berlin • Düsseldorf

Dürener Straße 295
50935 **Köln**

Fon 0221/47 43 440
Fax 0221/47 43 499
koeln@axis.de

Schlüterstraße 41
10707 **Berlin**

Fon 030/40 50 29 50
Fax 030/40 50 29 599
berlin@axis.de

Heinrichstraße 155
40239 **Düsseldorf**

Fon 0211 / 43 83 56 0
Fax 0211 / 43 83 56 11
duesseldorf@axis.de

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

BFH: Pauschalsteuer bei schwarzen Fonds verstößt gegen EU-Recht

04.11.2009

Nach dem heute vom BFH veröffentlichten Urteil verstößt die frühere pauschale Gewinnbesteuerung für Auslandsfonds nach § 18 Abs. 3 Auslandsinvestmentgesetz (AuslInvestmG) gegen die Kapitalverkehrsfreiheit und war deswegen sowohl für Fonds der anderen EU-Mitgliedstaaten als auch für Fonds aus Drittstaaten nicht anwendbar war (BFH 25.8.2009, I R 88/07, I R 89/07). Im Urteilsfall ging es um die Besteuerung von Erträgen aus chinesischen und südkoreanischen Fonds.

Zuvor hatte der BFH bereits die Pauschalbesteuerung für Fonds aus EU-Mitgliedstaaten für offenkundig gemeinschaftsrechtswidrig erklärt (18.11.2008, VIII R 24/07, BStBl 2009 II S. 518). Dies wird nun auf die Besteuerung von Erträgen aus Fonds aus Drittstaaten übertragen, die weder der EU noch dem Europäischen Wirtschaftsraum angehören. Auch insoweit liegt eine unverhältnismäßige Beschränkung der Freiheit des Kapitalverkehrs vor, die EU-vertraglich durch Art. 73b Abs. 1 EGV auch für den Verkehr mit Drittstaaten verbürgt ist. Die Pauschalbesteuerung darf deswegen nicht erfolgen.

Die Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit auch für Drittstaaten ist in Bezug auf die Besteuerung nach § 18 Abs. 3 AuslInvestmG nicht aufgrund der Bestandsschutzregelung (Stand-still-Klausel) in Art. 57 Abs. 1 Satz 1 EG ausgeschlossen. Dies gilt für Beschränkungen, die am 31.12.1993 aufgrund einzelstaatlicher oder gemeinschaftlicher Rechtsvorschriften für den Kapitalverkehr mit dritten Ländern im Zusammenhang mit „Direktinvestitionen“ einschließlich Anlagen in Immobilien, mit der Niederlassung, der Erbringung von Finanzdienstleistungen oder der Zulassung von Wertpapieren zu den Kapitalmärkten bestehen.

Bei Fondsbeteiligungen handelt es sich aber nicht um "Direktinvestitionen". Denn es besteht kein Anhalt dafür, dass die Beteiligung dem Anleger die Möglichkeit gegeben hat, sich tatsächlich an der Verwaltung der Fondsgesellschaft oder an dessen Kontrolle zu beteiligen (so auch EuGH 24.5.2007, C-157/05, "Holböck").



Beschränkungen von Investitionen in Drittstaatenfonds müssen im Hinblick auf ihre Rechtfertigung allerdings grundsätzlich nicht nach dem gleichen Maßstab beurteilt werden wie solche von Investitionen in Fonds aus EU-Mitgliedstaaten. So kann eine Beschränkung des Kapitalverkehrs mit Drittstaaten aus einem bestimmten Grund gerechtfertigt sein, auch wenn dieser keine überzeugende Rechtfertigung für eine Beschränkung des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten darstellt (EuGH 12.12.2006, C-446/04).

Als Grund für eine unterschiedliche Behandlung kämen bei Drittstaatenfonds die Erfordernisse einer wirksamen Steueraufsicht und Steuerkontrolle in Betracht, die auch die Verhinderung der Steuerhinterziehung oder Steuerumgehung erfasst. Bei der Pauschalbesteuerung gemäß § 18 Abs. 3 AuslInvestmG handelt es sich um eine Sonderregelung, die Steuerumgehungen oder Steuerverkürzungen im Zusammenhang mit - insbesondere thesaurierenden - ausländischen Investmentfonds verhindern soll, die sich einer deutschen Aufsicht entziehen. Da es grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, wenn ein Mitgliedstaat geeignete Maßnahmen trifft, um die tatsächliche Erfassung der Besteuerungsgrundlagen sicherzustellen, ist das verfolgte Ziel geeignet, eine unterschiedliche Behandlung von Auslandsinvestitionen im Vergleich zu Inlandssachverhalten zu rechtfertigen.

Jedoch setzt die Rechtfertigung einer den freien Kapitalverkehr beschränkenden Maßnahme zudem voraus, dass sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt, also geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten und nicht über das Erforderliche hinausgeht. Das gilt auch für die den Kapitalverkehr mit Drittstaaten beschränkenden Maßnahmen. Dem Verhältnismäßigkeitserfordernis wird die Pauschalbesteuerung in § 18 Abs. 3 AuslInvestmG nicht gerecht. Denn sowohl der generelle Ausschluss eines Nachweises der tatsächlich erzielten Erträge, als auch das Verbot einer individuellen Schätzung der Erträge durch das Finanzamt und schließlich auch die Höhe der festgelegten Pauschalen sind offenkundig nicht erforderlich, um eine dem Leistungsfähigkeitsprinzip genügende Besteuerung der Erträge aus den Fonds zu erreichen.

Hinweis: Damit widerspricht der BFH der Verwaltungsauffassung (BMF 6.7.2009, IV C 1 - S 1980-a/07/0001, BStBl 2009 I S. 770), wonach sich der räumlicher Anwendungsbereich nur auf Investmentvermögen in Mitgliedstaaten der EU und in Vertragsstaaten des EWR bezieht, sofern gegenseitige Amtshilfe oder Auskünfte erteilt werden.

Zum Hintergrund: Bis 2003 unterlagen Erträge aus ausländischen Fonds, die im Inland keine Vertriebszulassung und keinen steuerlichen Vertreter hatten, einer sog. Pauschalbesteuerung. Neben der gesamten Ausschüttung der Fonds einschließlich der darin enthaltenen Veräußerungsgewinne führte dies zu beträchtlichen steuerlichen Nachteilen gegenüber den Erträgen aus inländischen Fonds, für die das Gesetz eine solche Pauschalbesteuerung nicht vorsah. Seit 2004 ist die Besteuerung der Erträge aus inländischen und ausländischen Fondsbeteiligungen einheitlich im InvStG geregelt. Die verschärfende Pauschalbesteuerung für Auslandsfonds ist seitdem entfallen.



Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Steuerrecht,
Rolfjosef Hamacher**

**Fon 0221/47 43 440
Fax 0221/47 43 499
hamacher@axis.de**

**Rechtsanwalt,
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater,
Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs**

**Fon 0211/43 83 560
Fax 0211/43 83 5611
fuchs@axis.de**

**Rechtsanwalt,
Steuerberater,
Dipl.-Finanzwirt Heinrich Bürmann**

**Fon 030/40502950
Fax 030/405029599
buermann@axis.de**

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.